

共犯の罪数

只
木
誠

序

第一章 ドイツの判例・学説

一 判例

- 1 RGS. 70, 26 以前の判例
- 2 RGS. 70, 26 及びその後の判決

二 学説

- 1 共犯行為標準説
- 2 正犯行為標準説

第二章 わが国の判例・学説

一 判例

二 学説

- 1 共犯の狭義の罪数
- 2 共犯の広義の罪数

第三章 検討

一 共犯行為標準説の問題点

二 解決策

1 実体的な解決策

2 手続法上の解決策—実体法上の「一個の行為」と手続法上の「一個の行為」の関係—

結

序

最決昭和五七年二月一七日(刑集三六卷二号二〇六頁)⁽¹⁾は、幫助犯の罪数につき、幫助罪の個数は正犯の罪の数によって決定されるとし、そして、幫助罪が数個成立する場合において、それらが刑法五四条一項前段にいう一個の行為によるものであるかは、幫助行為それ自体について判断すべきであるとした。この判例の趣旨は、教唆犯にもまた当てはまるとするのが一般的な理解となっている。

教唆犯、幫助犯の罪数についてのかかる見解は、わが国の多数説であるとともに、ドイツにおいてもまた多数を占める見解である。

しかし、共犯について成立する犯罪の個数(教唆犯、幫助犯の個数。従来いわれているところの共犯の固有の罪数)、いうならば共犯の狭義の罪数についてはともかく、複数成立した教唆犯、幫助犯の罪数関係(複数の教唆犯、幫助犯の科刑上一罪の成否の問題)、いうならば共犯の広義の罪数については、判例の示した見解、すなわち、観念的競合にいう一個の行為は、幫助行為それ自体について判断すべきであるとする考え方に立つと、とりわけその正

犯行為が時間的場所に離れて行われた場合には、実体法上も手続法上も不合理な結論に至るのではないかと思われるのである。

具体的な例をあげると、

例一 Aは、一回の会話の中で、Xに窃盗を、Yに殺人を、Zに文書偽造を唆し、その結果、X、Y、Zがそれぞれ一月の間隔を置いて犯罪を実行したという場合、

例二 例一の事例で、Aが一回の会話ではなく、同一場所にいるX、Y、Zに一通の手紙、あるいは伝言役のBを通して指示した場合、
が考えられる。

このような事例で、複数の正犯行為が時間的間隔を置いて行われても、右の見解によると、それが一個の教唆、幫助行為にもとづく限り共犯において成立するのは観念的競合ということになる。しかし、はたしてそのような結論は違法・責任減少ゆえに併合罪に比して寛容に扱おうとする観念的競合の趣旨²⁾に合致するものであろうか。責任に応じた刑罰原則が支配する量刑において妥当な帰結を導けるのであろうか。また、複数の正犯行為に対する共犯の罪は観念的競合となることから、観念的競合の成立範囲が広がり、その一部に対する確定判決の既判力（一事不再理効）は観念的競合を構成する他のすべての犯罪に及ぶということになる。とすると、たとえば、AがXに対する窃盗の教唆行為で有罪となった場合、その後にはYとZに対する教唆行為を行っていたということが明らかになっても、後者については前者に対する既判力が及ぶために新たに起訴しえないということになるが、このような

不合理は、やむをえないとしてこれを甘受すべきであらうか。

さて、共犯の広義の罪数、すなわち共犯について成立する数罪相互の罪数関係については、共犯行為それ自体について判断する考え、いわば共犯行為標準説のほか、正犯行為についてこれを判断するという考え、いわば正犯行為標準説も主張されている。かつては正犯行為標準説が有力に主張されたが、今日では、上述のとおり共犯行為標準説が有力となっているのである。

ところで、ドイツに目を転じると、このところ訴訟法上の「一個の所為」を制限的に解して既判力の範囲を限定しようとする動きが見られ、このような傾向は実体法の罪数論にも重大な影響を与えている。例えばドイツ刑法二九条(犯罪的団体の編成)、一二九条a(テロリスト団体の編成)は継続犯であるところ、その犯罪が行われている間に他の犯罪が行われても、一二九条、一二九条aに関する既判力は他の犯罪に及ばないとされている。さらに、一九九四年五月三日の連邦通常裁判所大刑事部判決(BGHSt 40, 138)では、従来認められてきた連続犯が、一方ではあまりにも既判力が広がりすぎるとして、他方では、連続犯的構成は、構成要件が複数回実現された場合の不法と責任の、事実即した、すなわち法律の意味に即した把握にとって不可欠のものではないとして原則上解体された。この連続犯の持つ問題は、ここで扱おうとしている共犯の罪数の問題に通じているように思われる。このようなドイツの近時の趨勢に照らすと、先に示した事例のような場合にも、はたして今後もドイツの判例が共犯行為標準説をそのまま維持するかどうか疑問なしとしないのである。

そのような問題関心から筆者はかつてドイツでのこの問題に関する議論を紹介、検討し、若干の提言をなしたものである。⁽³⁾しかしここではドイツにおける学説、判例を素材として、あくまでドイツにおける議論を主体としたため、わが国におけるこの問題については触れることができなかつた。そこで本稿では、改めて共犯の罪数、とりわ

け複数の正犯行為に關与した場合の共犯の広義の罪数につきわが国の学説、判例を紹介し、問題点の指摘と解決策を示しつつ、当該問題について若干の検討をなそうとするものである。以下では、まず、ドイツの状況を再度紹介することから始めたいと思う。⁽⁴⁾

(1) 本件に關する判例評釈として、佐藤文哉・判解刑（昭和五七）六〇頁、大野平吉・判評二八八号五七頁、飛田清弘・警論三五卷一二号一二九頁、大越義久・ジュリ七九二号一六六頁、宇津呂英雄・研修四一〇号一七頁、西田典之・警研五五卷九号七七頁、中野次雄『判例百選Ⅰ総論（第二版）』二〇四頁、山火正則『判例百選Ⅰ総論（第三版）』二二二頁。

(2) 拙稿・新報九五卷五〇六号一八六頁参照。

(3) 拙稿・獨協四六号五〇六頁。

(4) Ibid.

第一章 ドイツの判例・学説

一 判 例

1 RGSSt 70, 26 以前の判例⁽⁵⁾

RGの旧判例は、共犯の罪数につき、正犯の行為を基準としていた。したがって共犯が一個の行為で二つの所為を教唆、幫助したときには、共犯は所為の複數（実在的競合・併合罪）で処断された。そしてその根拠は、共犯の従属性、とりわけ極端従属性から導かれた。⁽⁶⁾ 従犯の行為が一個であっても、複數の独立の行為に対して幫助がなされ

たならば、共犯の従属性からして、実在的競合であるというのである。⁽⁷⁾「共犯は、彼が何を望み何をしたかにかんじて、処罰されるのではなく、正犯が何を望みそして何をなしたかということにより処罰されるのである」と理解されていたからである。⁽⁸⁾

ただし、極端従属性説と正犯行為標準説との関係は、必ずしも必然的ではないことに注意する必要がある。というのも、共犯行為標準説を採用したRG 70、26もまた、極端従属性説に立脚しているからである。

2 RGSt 70、26及びその後の判決

RGSt 70、26以後の判例によれば、所為の単一（観念的競合）か所為の複数かの問題にとっては、共犯行為が基準となる。したがって、もし共犯が一個の行為で複数の所為を教唆、幫助すれば所為の単一となるという。RGSt 70、26は、一個の会話によって二人に偽証を教唆したという事例につき次のように判示し、それまでの正犯行為標準説から共犯行為標準説へと判例変更をなしたのであった。

すなわち、正犯が数個の行為をなしたならば共犯も所為の複数であるというのは、自然的な考察方法、思考方法にそぐわない。たしかに、一個の教唆行為、幫助行為であっても、それによって複数の法律違反が生じれば、それは共犯にとっても複数の法律違反となる。しかし、一個の自然的な活動を二つの独立の行為としてみなすことは、自然的な考察方法に反する。七三条（現行五二条）、七四条（現行五三条）にいう「一個の行為」、「数個の独立の行為」は、まさに自然的な行為を指しているのである。また、観念的競合は実在的競合よりも責任が減少するというのが現行法の立場であるところ、この観点からも教唆者、幫助者についても寛大な評価がなされるべきである、というのである。その後の判例は⁽⁹⁾、RGSt 70、26を踏襲し、「自然的な一個の行為」を共犯行為に求め、したがって共

犯行為標準説に立す、今日に至っている。

- (5) RGSt 4, 95; 5, 227; 8, 153; 11, 37 38; 26 51; 97, 54, 164; 57, 352.
- (6) Vgl. Mezer, JW 36, 728; Vogler, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1984 Vor § 52, Rdn. 38; Maurach, Strafrecht A. T., Tb. 2, 7. Aufl. 1989 § 54 II C1 (ヤウツク) 誇張従属性 (Hyperakzessorietät) (ヤウツク); Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts A. T. 5, Aufl. 1996 S. 631.
- (7) Vgl. RGSt 4, 95.
- (8) Binding, Handbuch, 1885 Bd. 1 S. 586f.
- (9) RGSt 70, 293; 70, 334; 70 344; OLGSt 1, 321; 2, 117; 2, 316; BGHSt 1, 21; BGH NJW 1951 666; BGH bei Dallinger MDR 1957, 266; BGH bei Holtz MDR 1980, 272; BGH NStZ 1993 584.

二 学 説

1 共犯行為標準説

ドイツの通説は、共犯の罪数について、刑法五二条にいう「一個の行為」とは正犯行為者の行為をいうのではなく、共犯の行為をいうと理解している。したがって、一個の行為で数個の法律違反を唆しあるいは幫助した場合に、正犯に対して成立する犯罪の罪数が観念的競合であれ、実在的競合であれ、単純数罪であれ、共犯については、所為の単一ということになる。一個の行為で複数の正犯を教唆、幫助した場合にも、同様である。⁽¹⁰⁾ その理由は、「一個の行為」という文言は、自然的な行為をいうところを求められている。また、正犯行為標準説は、極端従

属形式 (Maurach によれば誇張従属形式) という過度な従属形式を前提とする議論であり、これによって、共犯の寄与が有している独立の意義を、行為の核心、すなわち意思活動の点でも否定し、共犯寄与の持つ性質を否定することになるといっているのである。⁽¹¹⁾

2 正犯行為標準説

これに対して、正犯行為標準説 (実在的競合説 || 併合罪説) は、かつては学説においても有力に主張されていた⁽¹²⁾が、現在では、つぎのような Schneidewin による共犯行為標準説への批判を見るだけである。Schneidewin は、次のように主張する。⁽¹³⁾

「刑法七三条 (現行五二条―筆者注) の立法者が、複数の刑罰法規の実現のもとで理解したのは、確かに、刑法典の各則において定められている、複数の法定構成要件の実現以外の何物でもなかった。従って判例は、数十年にわたって、自然的意味において単一な行為をとおして複数の独立の行為を唆した教唆者は、複数の教唆を理由に処罰されねばならないという結論を導いたのである。教唆者は、それ (自然的意味において単一の行為―筆者注) をとおして、彼の寄与により法定構成要件の複数の独立の実現に関与したのであった。このような論理的にも刑事政策的にも自明であると思われる理解を、RGSf 70, 26 は、自然的な考察方法に対する表面的な矛盾を理由に、突如として捨て去り、複数の教唆の法的な併発、すなわち所為の単一を承認したのである。このような判例の変更がほとんど反対にあわず、むしろほぼ一般に受け入れられたということは、どうしても理解できないところである。この帰結は競合論の領域をはるかに越えて、ますます広範囲に及び、そしてそれどころか、行為の場所 (犯罪地―筆者注) という領域―これについては RGSf 74, 55, 59f. 参照―が具体的な例を示すように、外見上は全くかけ離れた領

域にも及ぶに違いないということが一般に明確には理解されていないのではあるまいか。所為単一は、今や……法定構成要件要素の一致によって成立しうるばかりでなく、そのつどの犯罪の法定構成要件の全く外側にあるいかなる性質の共犯行為によっても……成立しうることになる。これによって所為の単一の可能性は全く際限なく広がるにちがいない。実質的には何も互いに共通なところのない犯罪構成要件が、一個の行為寄与により、とりわけ精神的に促進されるのである。……そこで、結局、すべての犯罪は他のすべての犯罪と所為単一的競合となるところということが考えられようか……と云うのである。

- (10) Vgl. Vogler, a. a. O., Vor § 52, Rn.18; Bieri, Strafrecht, I A. T. 18. Aufl., 1983, § 92 II 1; Dreher/Tröndle, Strafrechtbuch und Nebengesetze, 48. Aufl., 1997, Vor § 52 Rn. 8; Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O., § 54 II C1; Samson/Günter im: Systematischer Kommentar zum Strafrechtbuch, Band 1, 6. Aufl., 1995, § 52 Rn. 21; Schönke/Schröder/Stree, Strafrechtbuch, 25. Aufl., 1995 § 52 Rn. 20f. usw.
- (11) Mezger, Strafrechts., 2. Aufl. 1933, S. 459; Maurach, a. a. O., § 54 II C1; Frank, Das Strafrechtbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931, § 73 III 3a.
- (12) Vgl. Frank, a. a. O., III 73.
- (13) Schneidewin, Materialien zur Strafrechtsreform Bd. II Gutachten der Strafrechtslehrer (1954)S. 221f.

第二章 わが国の判例・学説

わが国でも、共犯の罪数に関する理論状況はドイツにおけるのと同じである。ただ、共犯の罪数につき、まず共

犯自体に成立する犯罪の個数、すなわち共犯の狭義の罪数の問題と、複数成立した共犯の罪数がいかなる関係にあるか、すなわち共犯の広義の罪数の問題とが自覚的に区別して論じられている点に特徴がある。そして前者については、教唆犯・幫助犯は正犯の犯罪を教唆・幫助することによって成立するということから、共犯自体の罪数は正犯の罪数によるというのが大方の見解であり、今日ではこの点につき争いはないといえよう。共犯の罪数についての主たる争点は、後者、すなわち、共犯の広義の罪数である。以下、この二つの論点のうち、主として共犯の広義の罪数に対する判例・学説をみていくことにする。

一 判 例 ⁽¹⁹⁾

わが国の従来の判例は、共犯の狭義の罪数については、正犯が数罪であれば共犯にも数罪を認めている。

一方共犯の広義の罪数については、正犯行為標準説に立つ主流判例と共犯行為標準説に立脚する非主流判例とに見解が分かれていたところ、上述最決昭和五七年判例は共犯行為標準説に立つ旨を明らかにした。これにより、現在では判例の立場は逆転し、共犯行為を基礎に科刑上一罪の成否を論ずべきとしているのが判例の立場であるとの見方が通例である。ただ、その後当該問題につき判断した最高裁判例はない。

まず、共犯の広義の罪数のうちで教唆犯に関する判例をみてみよう。

教唆犯に関する従来の主流判例は、被告人が被教唆者二人に夫婦の殺人を教唆したところ、正犯が順次二人を殺害した事案につき、二個の殺人教唆罪の併合罪の成立を認めた事例（大判明治四四年一月一〇日刑録一七輯一八六五頁）や、また、二人に対して同時に偽証を教唆したところ、被教唆者二人がそれぞれ偽証罪を犯したという事

案につき、「正犯ノ犯シタル犯罪ノ個数ニ応シ」て処罰されるべきで、「教唆行為カ単一ナルト將又複数ナルトニ依リ何等差異ヲ生スルモノニ非ス」として、正犯の數に依じて二個の偽証教唆罪を肯定した事例（大判大正五年六月三〇日刑録二二卷二二一〇頁）のように、一個の教唆行為によって複数の正犯に犯罪を実行させ、あるいは、一個の教唆行為によって正犯に數罪を実行させた場合に、正犯行為標準説に立っている。なお教唆犯の事例で共犯の罪数は正犯の罪数に従属しないとされた判例としては、被教唆者が教唆に依じて連続犯を犯したとしても教唆者の教唆行為が一回にすぎない場合には、連続犯の規定を適用すべきではないとして、教唆罪は一罪であるとした判例（大判明治四二年一〇月二八日刑録一五輯一四七二頁）がある。

このような教唆の事例に比して、幫助犯に関しては主流判例と非主流判例とは數的に拮抗している。⁽¹⁵⁾ 正犯行為標準説を採る主流判例に属する判例としては、連続的に行われた複数の行為によって、国税徴収を免れるための財産の脱漏という正犯の單純一罪を幫助した場合でも連続犯を構成しないとされた事例（大判大正二年四月一七日刑録一九輯四七九頁）ただ、この判例は、正犯が單純一罪であるため本来の共犯の広義の罪数に関するものではない、正犯の住居侵入を容易にするためになされた一回の行為で正犯の住居侵入・殺人を幫助した事案につき、住居侵入幫助罪と殺人幫助罪の牽連犯が成立するとした事例（大判大正六年一〇月一日刑録二三輯一〇四〇頁）などがある。その理由とするところは、判決文において表現されている、幫助犯は「正犯ノ犯罪ニ随伴シテ」とか「正犯ノ犯行アルニヨリテ成立シ從屬的關係ニ於て罪責ヲ負フモノ」とする文言からして、共犯の從屬性にあるとする見解が支配的である。⁽¹⁶⁾

一方、共犯行為標準説に立つ非主流判例に属するものとしては、一個の行為で正犯の賭博場開帳図利行為と賭博行為を幫助した事案につき、賭博場開帳幫助と賭博幫助の觀念的競合とした事例（大判大正一〇年三月一四日刑録

二七輯一六九頁)、一個の行為で拳銃譲渡行為と拳銃譲受行為を幫助した事案につき同じく観念的競合を認めた事例(大判昭和五年一二月一二日刑集九卷八六二頁)などがある⁽¹⁷⁾。

このような判例の状況にあって、昭和五七年最高裁決定が出された。すなわち、Xほか五名は共謀のうえ営利の目的で二回にわたり韓国から覚せい剤を空路輸入したが、被告人はそれに先立ちXの依頼を受けてその仕入れ資金を銀行保証小切手に替えてやり、もってXらの密輸入を容易ならしめてこれを幫助したという事案につき、原判決はこれを二個の覚せい剤取締法違反幫助罪の併合罪としたが、弁護人は単純一罪であるとして上告したものである。これに対して、最高裁は、「幫助罪は正犯の犯行を幫助することによって成立するものであるから、成立すべき幫助罪の個数については、正犯のそれに従って決定されるものと解するのが相当である」とし、ついで「幫助罪が数個成立する場合において、それらが刑法五四条一項にいう一個の行為によるものであるか否かについては、幫助犯における行為は幫助犯のした幫助行為のものにほかならないと解するのが相当であるから、幫助行為それ自体についてこれを見るべきである」と判示した。この判例の射程は、上述のごとく教唆犯にも及ぶというのが一般的な理解となっている。

(14) なお、判例については、前掲判例評釈のほか、中山善房『判例刑法研究(4)』三三〇頁以下、安廣文夫(大塚仁ほか編『大コンメンタル刑法(第三卷)』六二三頁以下、堀内信明『大コンメンタル刑法(第三卷)』六七九頁以下を参照。

(15) 佐藤・前掲六三頁以下、堀内・前掲六七九頁以下、中山・前掲三二六頁以下参照。むしろ非主流に属する判例が実は判例の主流であるとする理解もある。西田・前掲八一頁以下参照。

(16) 佐藤・前掲六四頁参照。

(17) そのほか最高裁時代の判例で、非主流に属すると思われるのは、最大判昭和三〇年一〇月一二日刑集九卷一一号二一五九頁他がある。この点については、佐藤・前掲六六頁、西田・前掲八一頁以下参照。

二 学 説

1 共犯の狭義の罪数

共犯の罪数のうち、共犯に成立する犯罪の個数、共犯の狭義の罪数に関しては、正犯が複数であるか、一人の正犯が複数の犯罪を行った場合には、数罪が成立するとするのが多数説である。⁽¹⁸⁾ その理由づけは、古くは共犯の従属性からなされていたが、⁽¹⁹⁾ これについては批判も多く、今日では、罪数決定について有力説であるところの構成要件標準説に立って、教唆犯・幫助犯の構成要件は教唆・幫助行為と正犯の行為（及び結果）との結合形態と解したうえで、教唆・幫助行為が一回でも正犯行為が数回構成要件を充足すれば教唆犯・幫助犯も数罪、教唆行為・幫助行為が数回でも正犯行為が一回しか構成要件を充足しないのであれば教唆犯・幫助犯も一罪であると考えられている。⁽²⁰⁾

2 共犯の広義の罪数

これに対して、複数成立した共犯の罪数関係、共犯の広義の罪数に関しては争いがある。⁽²²⁾ 主流判例を支持する見解は、その根拠を共犯の従属性に求めてきたとされている。これに対して非主流判例を支持する通説の見解は、共犯の数を正犯の数によって決定するというのは「共犯従属性の誇張であり、その理論の悪

しき適用であ⁽²³⁾り、可罰性借用説に立脚するものであると批判し、「教唆犯・幫助犯についてその成立上の従属性を認めるにしても、その罪責の根源はあくまでも教唆者・幫助者の教唆行為・幫助行為にあるはずであり、基本的構成要件の修正によって作られた教唆・幫助の構成要件における『行為』（五四条一項）は、教唆行為・幫助行為以外にはないから、教唆犯・幫助犯の科刑上一罪の成否は、教唆行為・幫助行為を基準としてこれを決すべきである」としている。⁽²⁴⁾あるいは、実行従属性説によれば、正犯行為の存在なしに可罰的共犯行為はありえないとしても、しかし、昭和四九年の最高裁大法廷判決が示したところにしたがって、「一個の行為」を可罰的行為ではなく自然的行為として理解するならば、共犯行為のみが行為の一個性の判断対象となるといふべきであって、この結論はまた觀念的競合の一罪性の根拠、すなわち犯罪的意思活動の一個性ゆえの責任非難の減少にも合致するといふのである。⁽²⁵⁾

もっとも、この通説的見解に対しても、「しかし、これらの批判的学説が、従属性の過度の強調などと評する点はあまり論理的ではないし、教唆犯・幫助犯は自らの教唆・幫助行為によって処罰されるのであるという点も、従属性説によると正犯の実行の着手がなければ処罰されず、教唆犯・幫助犯は正犯に犯罪を實行せしめたり、正犯の實行を容易ならしめたことによって処罰されるともいふことから、決定的とはいえないように思われる⁽²⁶⁾」という反論が提起されている。また、自然的観察とはいっても、ある程度の規範化は必要であると思われるところであり、多くの学説も行為の「一個性」の判断を構成要件に該当する行為の「重なり合い」で判断しているのであって、さらに、觀念的競合の一罪性の根拠については、なるほど責任非難の減少を根拠にする点はその通りであるとしても、結果の発生を含めた正犯行為を顧慮することなくして「規範意識の突破」を考えることができるか疑問のあるところである。

- (18) この点については、「正犯が複数の不法結果を惹起しても、共犯が関与した不法行為によって惹起された不法結果が一個にすぎないのであれば、共犯には一罪しか成立」せず、また、共犯の責任内容は正犯のそれと独立に判断されなければならないが、したがって原則として共犯の罪数は正犯の罪数に従属しないという見解がある（林幹人『刑法総論の現代的展開—総論』三〇〇頁参照）。正当な指摘であるが、そのような場合には、多数説に立っても同様の結論が導かれなければならないと思われる。さらに西村克彦『犯罪形態論序説』二六三頁参照。
- (19) 大場茂馬『刑法総論下』一〇七五頁、安平政吉『刑法総論』三六三頁など。なお、共同意思主体説の立場から、草野豹一郎『刑事判例研究（第一巻）』一〇〇頁（「被幫助者たる正犯が数罪を犯せば、即ち共同意思主体が数罪を犯したことになる」、随て幫助者もその数罪に関与したことになるのである）。
- (20) 安廣・前掲六二五頁、堀内・前掲六八二頁参照。
- (21) なお、共犯が一個の幫助意思しかなかった場合の処理に関しては、一個の幫助しか認められないという見解（西田・前掲八〇頁、なお、大判大正二年一月二日刊録一九輯一〇〇〇頁参照）と、「判例のとする法定的符合説に依れば、同じ構成要件に該当する結果がもう一つ発生したにとどまると認めることもできるから、右の点の錯誤は、二個の幫助罪を認めることの妨げにはならない」という見解（佐藤・前掲七〇頁）がある。
- (22) 安廣・前掲六二七頁参照。ただ、共犯の狭義の罪数に関する文献がほとんどで、共犯の広義の罪数につき共犯の従属性から説明したものは少ない。
- (23) 小野清一郎・判評三卷三二〇頁、三二四頁。
- (24) 安廣・前掲六二七頁、結論的に同旨、大場・前掲一〇七六頁。ただ、学説の中には共犯の処罰根拠に関して責任共犯説を採るならば格別、惹起説に立つならば、正犯行為が構成要件に該当することは必ずしも必要ではなく、昭和五七年最高裁決定では、被告人が二個の「違法な結果」を惹起したために二個の幫助犯の成立が認められるとすべきであり、右判例が正犯の犯罪の個数に従うとしている点を疑問とするものもある（大越・前掲一六八頁）。これに対する批判として、山火・前掲二一三頁。
- (25) 西田・前掲八二頁。
- (26) 安廣・前掲六三二頁。なお、正犯の行為だけが実行であって、教唆は実行でないとする見解に立てば、判例と同じ結論に

至り、行きすぎた従属性であるとは批判できないとする意見もみられる(平野龍一『刑法総論Ⅱ』四二八頁。もつとも平野は、共犯の広義の罪数について通説の立場に立っている)。

第三章 検 討

一 共犯行為標準説の問題点

このように、わが国においてもドイツにおいても、現在のところ共犯の狭義の罪数についてはそれほど争いはなく、結論として正犯が数罪であれば共犯も数罪、正犯が一罪であれば共犯行為の数にかかわらず共犯も一罪(ないし包括一罪)とされていると⁽²⁷⁾よく、また、その結論も妥当であろう。そして共犯の広義の罪数については、ドイツでもわが国でも、共犯行為標準説が現在のところ判例・通説となっている。ただ、この問題について活発な議論があるわが国においては、とりわけ昭和五七年最高裁決定を機会として、処断刑や既判力の範囲等、実務を念頭においた問題点の指摘がなされた。共犯の罪数については、したがってわが国においてむしろ自覚的に論じられてきたといえるのである。

共犯の広義の罪数につき、共犯行為標準説をそのまま適用した場合の問題点としては、以下のものが考えられる。

第一に、共犯行為標準説によると観念的競合の成立範囲が広がることを指摘しなければならない。共犯行為標準説では、一個の教唆行為、幫助行為を観念的競合成立のための要件である「一個の行為」と解することから、その

ような共犯の行為寄与を受けて行われた複数の正犯行為が時間的・場所的にかき離れて行われても、複数成立した共犯の罪数はなお観念的競合となる。何か月も、ときには何年も離れた犯罪間に観念的競合が成立するということは、通常の単独犯の場合には考えられず、五四条一項前段において立法者の意図したものと果たして一致するのであろうか。これは、ドイツにおいて Schneidewin が正当にも指摘したところである。

第二に、観念的競合の成立範囲の拡大は、したがって処断刑や既判力についても影響を及ぼすことになる。冒頭の第一例を考えてみると、かりに共謀共同正犯として起訴されれば、争いがあるにしろ、三つの罪の併合罪ということになる。しかし、教唆犯であるとすると三つの教唆犯の観念的競合となることになって、「処断刑に著しい不均衡が生じる」ことになる。⁽²⁹⁾

第三に既判力の問題である。観念的競合の訴訟法における意義は、観念的競合の関係にある数罪は、通常、時間的・場所的に近接した関係にあることから、その一部についての捜査は容易に他の犯罪についても及ぶという点にある。というのも、観念的競合の中の一罪が発覚すると容易に他の犯罪も発覚するという関係があるからである。⁽³⁰⁾このような訴訟法的観点から単一とみなされる特徴があるからこそ、観念的競合にあつてはそこに含まれる数罪は訴訟法上も単一とみなされ、したがって既判力は観念的競合の関係にあるすべての犯罪に及ぶとしてさしつかえないのである。たとえ、軽い犯罪についてしか確定判決がなかったとしても、あるいは裁判所や捜査機関が他の犯罪の存在を認識していなかったとしてもである。しかしながら、共犯行為標準説によると、観念的競合の成立範囲が広がるために、必ずしも上述した訴訟法的意義に沿わないことになる。すなわち、たとえば軽い甲罪の教唆について確定判決が下され、その後場所的・時間的にかなりの離隔を経てはじめて重い乙罪が発覚し、それについての教唆が明らかになるということが往々にして生じよう。しかしこのような場合、乙罪教唆については、甲罪教唆につ

いての確定判決の既判力を理由に捜査機関は訴追できないことになる。しかも、捜査機関に何等の落ち度はなく、乙罪教唆を知らなかった、知りえなかったとしてもである。さらに、甲罪の教唆に関する確定判決後に乙罪が行われた場合、その教唆犯はどのように処断されるのであろうか。このような問題が生じるのは、やはりなんといつても観念的競合の成立範囲が広がりすぎるところにその原因があるといえよう。

第四に、公訴時効の問題にも不都合が生じる。刑事訴訟法二五三条は、「時効は、犯罪行為が終わった時から進行する」(一項)とし、「共犯の場合には、最終の行為が終わった時から、すべての共犯に対して時効の期間を起算する」(二項)と規定している。⁽³¹⁾ 従犯または教唆犯の公訴時効は、正犯行為の終了した時から起算される。⁽³²⁾ かりに共犯行為標準説に立って共犯の罪数を原則上観念的競合であるとすると、そしてまた、判例理論にしたがって時効は観念的競合に当たるすべての犯罪が終了してから始まるとすると、共犯についての時効の開始はそれぞれの正犯の行為ごとではなく、最後の正犯の行為の終了まで待たねばならない。数個の行為による併合罪であると解するとすでに時効の完成している数罪が、一個の行為による観念的競合と評価されることで、最後の正犯行為が行われるまで引き延ばされるのである。これは、ドイツで、その概念があまりにも広がりすぎたことを理由として連続犯を否定したBGHがその理由として指摘するごとく、あまりにも行為者に不利益な結論といわなければならぬ。⁽³⁴⁾

最後にあげられるのは、共犯行為標準説は、観念的競合の一罪性にそぐわないように思われる点である。「なにゆえに、観念的競合は、吸収主義が採られるという意味で併合罪に比較して寛大に扱われるのか」、これが観念的競合の一罪性の問題であるが、それは、観念的競合の場合には併合罪と比較して類型的に責任ないし違法責任が減少しているからであると思われる。⁽³⁵⁾ 同一の構成要件要素が複数の構成要件に含まれていることがあるが、そのような共通の構成要件要素を含む複数の構成要件を一個の行為によって実現した場合に、それぞれの構成要件ごとに別個に

不法評価をし、別個の刑罰評価を行うとするならば、共通の違法要素の範囲で重複的评价がなされ、独立の二重評価に基づく量刑がなされてしまうことになる。それゆえに、このような不都合を回避するために吸収主義が採られていると考えることができるのである。⁽³⁶⁾これが類型的違法減少である。

他方、責任減少とは、観念的競合は一個の行為による場合であり、たとえ複数の刑罰法規に違反したとしても、複数の行為による場合よりは責任が減少するというものである。すなわち、観念的競合の場合一個の行為であるため、意思活動の単一性、すなわち「規範意識の突破」は一回ということができるのである。換言すれば、行為者は「違法な行為をしない」という彼に与えられた要請に一回だけ違反したのである。というのは、観念的競合の事例は複数の行為結果の発生の際に犯罪意思を放棄することができず、ある結果の発生の際に他の結果を回避することがもはやできないからである。⁽³⁷⁾

しかしながら、共犯行為標準説に立脚した場合、一つ一つの正犯行為やその結果が時間的に離れて生じることになるため、一方の結果発生の際に他方の結果を回避できないという関係にはなく、その意味では「規範意識の突破」は一回ということができないのである。もちろん、共犯行為自体、共犯の寄与自体に「規範意識の突破」の一回性の判断を結び付けることは可能であるが、典型的な観念的競合の事例とは異なり、結果の発生を考慮せずに右の一回性の判断ができるかはやはり疑問のあるところであるといわなければならない。

上述のごとく、ドイツでは、連続犯規定が、その法概念および適用範囲が広がりすぎたことを理由に事実上廃止されたのであるが、廃止の実質的な根拠は、あまりにも連続犯の適用範囲が広がったために、行為の違法と責任を正當に評価できなくなったということにあったのである。観念的競合における責任の一個性は、実体に即し社会通念に沿ったものでなければならないのである。

- (27) 堀内・前掲六八一頁参照。
- (28) 昭和五七年最高裁決定の趣旨が共謀共同正犯にも妥当するかについては、肯定説(西田、大越)と、否定説(安廣)とに学説は二分する。
- (29) 安廣・前掲六二八頁。
- (30) 鈴木茂嗣『現代刑法講座(第三卷)』二九六頁、田宮裕『刑法の判例(第二版)』一六八頁、安廣・前掲六二八頁参照。なお、この問題については、拙稿・獨協七五頁注四七、七六頁参照。
- (31) ドイツ刑法では、わが国の一項に該当する規定はあるが、二項に該当する規定はない。しかし、一般にそのように解されよう。Vgl. Schönke/Schröder/Stree, a. a. O., § 78a Rn. 7; Janke in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1994, § 78a Rn. 15.
- (32) 大判明治四四年六月二三日刑録一七輯一二五二頁など。
- (33) 一体説を採用する判例理論(最決昭和六三年二月二九日刑集四二卷二号三二四頁「熊本水俣病事件判決」)とは異なり、わが国の通説は観念的競合の場合には、それぞれの犯罪ごとに時効を考える(個別説)としている。
- (34) もっとも、(共謀)共同正犯の場合でも同じ問題は生じているであろう。
- (35) 拙稿・新報九五卷五〇六号一六三頁、一八九頁。
- (36) Vgl. Puppe in: Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, Vor § 52 Rn. 5; dieselbe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979; dieselbe, Funktution und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz, GA 1982, 143ff.
- (37) 平野・前掲四二〇頁、西田・前掲八二頁、林・前掲二九九頁以下、宇津呂・前掲八〇七頁参照。Vgl. Jeschek, a. a. O., S. 718; Maiwald, Die natürliche Handlungseinheit, 1964, S. 106ff.; Schönke/Schröder/Stree, a. a. O., § 52 Rn. 1; BGHSt 1, 67 usw.

二 解決策

1 実体法的な解決策

このように共犯行為を標準にするといくつかの問題点が生じてくる。とりわけ教唆犯の事例では、ほとんどの場合教唆犯が観念的競合になってしまふことから、批判が強いのである。⁽³⁸⁾では、どのような解決が可能であろうか。

第一の解決策は、わが国とドイツにおける旧判例のように、正犯の所為が併合罪であるかどうかによって教唆、幫助が併合罪であるかどうかを決するとする考え方に従うことである。共犯は正犯に付随して成立するので、共犯の広義の罪数も正犯の罪数に従うのである。ただ、このような正犯行為標準説は正しいものとは思われない。というのも、共犯の従属性は共犯が成立するための要件を論ずるものであり、その意味では共犯の狭義の罪数については基準たりえるとしても、一旦成立した共犯の数罪がどのような関係にあるかについては答えるところがないはずだからである。学説でも正犯行為標準説について一定の理解、支持があるところであるが、⁽³⁹⁾それも実のところは正犯行為標準説を正面から認めるといっても、共犯行為標準説を採った場合の不都合を念頭において、共犯の広義の罪数について併合罪とすべきであるとする主張に導かれたものにすぎない。

では、正犯行為標準説に立たない場合には、どのように解決すべきか。

共犯行為標準説を維持しつつ考えられる、第二の解決策は、観念的競合にいう一個の行為を狭く解することである。上述の第一の事例を例にとると、Aの一回の会話行為を一回の教唆行為と見るのではなく、一回の会話におけるそれぞれの指示ごとに一個の教唆行為を数えるのである。わが国の学説でも、一つの教唆文言で教唆した場合に

は観念的競合が成立するが、教唆行為が日時的には同時的でも教唆が順次的であれば、別個の反対動機があり観念的競合に該当しないのではないかとの見解が示されているところである。⁽⁴⁰⁾

たしかにこのような処理を施すことで、少なからざる事例において共犯の罪数を併合罪に導くことができるであろう。ただ、「一個の行為」については、わが国では、ドイツのように「実行行為の部分的一致」をもって判断はしないまでも、「実行行為の重なり合い」で判断する見解が有力となっており、そうすると日時場所を同じくする教唆行為を、截然と複数の教唆行為に分けられるかどうかの問題が残る。そして、このような考え方を極端に推し進めると今度は、「一個の行為」というものがおおよそ認められなくなってしまふことになる。また、第二事例のような場合には、いずれにせよ観念的競合を肯定せざるをえないことになる。共犯行為標準説に対する本質的な疑問は、共犯行為の時間的離隔にもかかわらず観念的競合を認めることにあるのではなく、正犯行為が時間的・場所的に離れていても共犯に観念的競合が成立することにあるのである。

第三の解決策は、分割不可能説を採ることである。すなわちこれによれば一つの行為だけをし他の行為をしないことが不可能な場合に「一個の行為」が認められ、したがって、一個の教唆行為によって複数の正犯に犯罪意思を生ぜしめた場合でも、一人ひとり別個に教唆することもできたのであるから、一般的に観念的競合は否定されることになる。⁽⁴¹⁾しかし、観念的競合の場合には、問題は一個の行為で「できた」か否かではなく、一個の行為で「した」か否かであるはずである。⁽⁴²⁾また、分割不可能説に対しては、一個の行為で三人の不法退去行為を補助したという観念的競合の典型的な事例についても(判例は観念的競合を認める)、この場合にも一人だけを乗船させることのできるものであって、そうすると併合罪とすべきことになってしまふのではないかというような批判がある。⁽⁴³⁾

第四の解決策は、不作為犯的構成による解決である。すなわち、みずからの教唆行為によって正犯に犯罪意思を

生じさせ、また、補助行為によって正犯行為に関与した者は、正犯が犯罪を実行する前にこれを阻止する保障者的地位に立つと解するのである。そしてこの義務に違反して正犯が実行に移ったならば、その時点で共犯が成立することになる。とすると、正犯行為が時間的に間をおいて実行した場合には共犯に併合罪を認めることができる。これは、不作為犯と過失犯の罪数の私見による判断基準（「回避不可能性説」）と解決の方法同じくするもので、時間的・場所的に離れて正犯の犯罪行為が行われれば共犯は併合罪、同時的であれば観念的競合ということになる。そして、時間的・場所的離隔の存否の規範的判断に「自然的観察」を関与らしめるのである。⁽⁴⁵⁾

この見解は、不作為犯、過失犯の罪数と統一的に論じることができるばかりか、観念的競合の一罪性にも矛盾しないように思われる。ただ、なんといっても共犯の罪数を論じるにあたり、共犯を不作為犯として構成しなければならぬところに技巧的であるとの批判を招くであろう。ドイツでは行為論において、人間の行為を「命じられた反対操縦をしないこと」とか、「構成要件に該当する危険状態に直面して危険を回避する行為をしないこと」と、不作為犯的に構成する見解もあり、⁽⁴⁶⁾このような考えに立つと、共犯の罪数を共犯の不作為犯的構成を通して考えることもあるいは困難はないともいえようが、このような行為論に対してはドイツでも批判が強い。⁽⁴⁷⁾

第五に、不作為犯的構成をとらずに第四の解決策と同様の結論に至るのは、直截に正犯の実行の着手時期に着目する考えである。すなわち、教唆、補助犯が成立するのは正犯の実行の着手があったときであるので、その時点で相違があれば、共犯成立の時間的離隔が存し、その罪数は併合罪であるとするのである。問題は、正犯行為の時間的離隔がなげに共犯行為の複数性を導くかであるが、しかし正犯の実行行為がなされたときに、共犯の（実行）行為もその時点で同時に現実化するという捉え方は可能であると思われる。わが国でも、ドイツでも、共犯の時効は最終の（正犯）行為が終了すると同時に進行するとされている。ここでは、共犯行為の時効の開始時期と正

犯行為の時効開始時期が一致している。このように考えると、第五の解決策も肯定されるのではあるまいか。⁽⁴⁸⁾

最後に、五四条一項前段にいう「一個の行為」は、正犯行為についてのものであって、共犯の罪数については立法者は何等の示唆も与えていないということもできる。これによれば、共犯の罪数は必然的にすべて併合罪ということになり、観念的競合を認めるか否かは立法論に位置づけられることになる。

もちろん以上述べたような解決策に対しては、「五四条にいう『行為』を可罰的・行為(傍点筆者)と解するのであれば、共犯行為の罪数決定にあたって、その可罰的基礎をなす、共犯行為のいわば『結果』としての正犯行為を基準とすることも合理性をもつといえよう」⁽⁴⁹⁾が、このような判断は、『一個の行為』を自然的に観察すべきとした昭和四九年の最高裁大法廷判決に反するのであるという批判があることには留意すべきである。

2 手続法上の解決策—実体法上の「一個の行為」と手続法上の「一個の行為」の関係—

(1) 以上のような実体法的な解決によれば、さきあげた共犯行為標準説の有する不都合は生じない。一方、共犯行為標準説のもっとも弱点たる既判力の点に関しては手続法上における解決策が考えられる。わが国でも、最近の例では、常習累犯窃盜の罪と軽犯罪法一条三号の侵入具携帯の罪とは併合罪の関係にあるとした最決昭和六二年二月二三日(刑集四一卷一頁)を契機として、実体法上の一罪と既判力の関係が議論された。⁽⁵⁰⁾ その議論の場では、既判力の客観的範囲を制限的に解する見解⁽⁵¹⁾が唱えられたが、一方ではこのような考え方に對しては、「一個の行為」を認めていながら、これに複数の訴追を認めることは、憲法三九条との関係で疑義があるとの批判もある。ただ、観念的競合の場合には、「一個の行為」であっても複数の構成要件に該当する犯罪があるのであって、憲法三九条にいう「同一の犯罪」とは「一個の行為」によって発生させられたひとつひとつの犯罪であるとしても可能

であり、この疑念は決定的ではないと思われる。私見によれば、必ずしも訴訟法的な「一個の行為」と手続法上の「一個の行為」とは一致するものではないが、その理由は以下で述べるとおりである。

(2)この点でドイツの議論は参考になると思われる。⁽⁵²⁾ ドイツでは、実体的確定力（既判力）は公訴権を消滅させるという一事不再理効は、基本法一〇三条三項で憲法上保障されたものであると評価されている。その三項にいう「同一の所為」とは「生活関係の単一」をいい、実体法上のものとは別のものであるといわれている。⁽⁵³⁾ しかし、観念的競合の關係に立つ犯罪は例外なく訴訟法上も単一の所為とされており（単一説）、訴訟法上の所為と実体法上の所為とを区別する説（独立説）は少数説にとどまっている。⁽⁵⁴⁾ したがって、観念的競合の關係にある一方の犯罪についての既判力は他のすべての犯罪に及ぶとされ、たとえ他の犯罪について知ることができなかったとしてもそれに関しては事後に起訴できないとされている。たとえば、故意の無免許運転により確定力のある有罪判決を下されたならば、その運転中に自動車内で行われた強盗ないし性犯罪を理由とした手続はもはや可能ではないといわれている。⁽⁵⁵⁾

しかし、その結論は明らかに不都合であるとして、実体的確定力を何らかの方法で制限する努力がなされてきた。たとえばBGHSt 29, 299は、次のように判示した。

犯罪的団体を編成（刑法一二九条）する犯罪、あるいはテロリスト団体の構成員となる（刑法一二九条a）犯罪は、その行為者が当該団体の構成員としてその目的を追求して行われた犯罪行為と所為の単一の關係にある。しかし、構成員となる犯罪と団体の目的追求のためになされた他の犯罪とは、かりに後者が前者よりも重い犯罪であった場合には訴訟法上という一個の所為とはならず、この結論は基本法一〇三条三項にも違反するものではない、⁽⁵⁶⁾ というのである。そして、この判断は、連邦憲法裁判所によっても追認されている。もちろん右判決の趣旨は、す

に違法な団体に加わったとして有罪判決を受けた者は、その間に行ったより重い犯罪を理由として起訴されえないという不都合を回避するためのものであった。

このようないわゆる独立説は次第に影響力を増している。OLG Hamm NStZ 1986, 278は、先の組織犯罪について示された趣旨を武器犯罪に及ぼし、武器犯罪で既に有罪判決を受けていても、その間に行われた武器をもってした殺人に関しては必ずしも公訴権の消滅 (Strafklageverbrauchs) がもたらされるものではないと判示した。単一説は一つの規則であり、正当性や他の関心事によっては例外を許すものだからである、というのである⁽⁵⁷⁾。また、学説でも、連続犯や継続犯において、実体法上の所為概念から手続法上の所為概念を分離して、連続犯や継続犯が起訴状に明確に記載されていない他のより重い犯罪行為と観念的競合の関係に立っていた場合には、一個の刑罰を科されるにすぎないとしても、新たな訴追ができるとしている⁽⁵⁸⁾。

もっともこのような独立説に対しては、たとえ一般の法感情に合致しようとも現行刑罰法の理解とは背理であるという批判がある。すなわち、刑訴法は、裁判所で終結した事象を新たに訴追することができるのは再審に限っており、しかも、被告人に不利益な再審を認めていない。この一義的な価値判断を、所為概念を狭めることですり抜けることは許されないとするのである⁽⁵⁹⁾。

そのような批判を考慮してか、学説の中には、複数の犯罪の競合を観念的競合と解するのではなく、そもそも実在的競合と解することで解決しようとする試みがある。それによると、一方の犯罪(たとえば重い強盜的恐喝)が継続犯(たとえば武器の無許可所持)よりも格段に重い場合には、二つの所為としてよいというのである⁽⁶⁰⁾。OLG Zweibrücken NJW 1986, 2841 und BGHSt 36, 151は、このような処理を行ったものである。

(3)このようにわが国でもドイツでも実体法的な「一個の行為」は手続法においても「一個の行為」とされていく。そしてドイツでも独立説に対しては批判が強いはすでにみた通りである。ただ、それらの批判にある、法的安定性や法治国家原理、あるいは基本法の要請といっても、独立説に対する批判としては決定的でないように思われる。問題は手続法において「一個の行為（所為）」をどのように決すべきかということにあるからであり、これについては先の原則は何もいうところがないからである。

それゆえ問われるべきは、実体法上の一罪は常に訴訟法的な一罪とされねばならないものであるかということである。結論を述べると、両者は必ずしも一致しないと思われるのであり、実体法上数罪でも重ねて起訴できない場合もあれば、実体法上（科刑上）一罪に分類されているものでも重ねて起訴できるのではあるまいか。というのも、刑法五四条一項前段（ドイツ刑法五二条）の制度のもつ意義・機能と手続法にいう「一罪」を論じる意義、憲法三九条後段（ドイツ基本法一〇三条三項）の制度のもつ意義・機能とは、異なっていると考えられ、もし異なつた目的・意義を有しているといえるのであるなら、「一個の行為」を論ずる意義も自ずと異なり、そうであればそれを判断する基準もまた異なつた原則に服しめられるべきであると思われるからである。⁽⁶¹⁾

ところで、罪数論における科刑上一罪の意義は、「一個の行為」による形式的数罪を違法・責任の点で十分に評価して量刑の基礎を提供することにある。これは併合罪と異なり加重はせず吸収主義を採用にしても、法条單一（競合）とは異なり吸収される犯罪については量刑において刑を加重する方向で考慮するということである。ドイツでは、観念的競合という法制度の趣旨を、一個の刑罰を定めるために、量刑における「二重評価の禁止」と「完全評価」——いかなれば、所為を法的にあますところなく評価すること——の要請を充たすことにあるとする見解があるが、これも同様の考えに位置づけられる。⁽⁶²⁾

他方、訴訟法上の「同一の犯罪」を論じる意義は、既に処罰されあるいは無罪となった被告人を、または、すでに一回の訴追を受けその犯罪行為についての刑事責任を問われる地位にあった被告人を、再度の刑事責任追及という二重の危険から解放することにあると解されている。⁽⁶³⁾ ドイツでも、憲法の定める一事不再理の効力は、単に二重処罰の回避だけではなく、既に処罰された、あるいは既に確定力ある裁判によって無罪となった行為者を同一の所為を理由に新たな訴追や処罰から守ることにあると説かれている。⁽⁶⁴⁾

このように、実体法上の一個の行為の確定の意義・目的と手続法上のそれが異なっているとすれば、併合罪においてばかりか、科刑上一罪においても、この問題に関して二つの法領域における厳密な意味での対応関係を認めなければならぬ理由はないといわなければならない。⁽⁶⁵⁾ そのような対応関係を認めることは、あるいは法的安定性に合致するものであったとしても、⁽⁶⁶⁾ 具体的妥当性を犠牲にしてまでこれを維持しなければならないものではないように思われる。

- (38) 安廣・前掲六三二頁。
- (39) 宇津呂・前掲八〇六頁参照。
- (40) 宇津呂・前掲八〇七頁。
- (41) 中野・前掲二〇五頁、同・斉藤金作博士還暦祝賀『現代の共犯理論』三五二頁。
- (42) 同旨、林・前掲二九七頁注八。
- (43) 西田・前掲八四頁。同旨、安廣・前掲六三〇頁。なお、西田は、実質的、副次的基準の定立を示唆する。これに関し、連続犯を否定したBGH判決は、成立要件を厳格に解しても有効ではない旨指摘している。
- (44) 拙稿・新報九七巻七〇八号一七五頁、獨協三五号四九頁以下。
- (45) ただし、この義務はあくまで自己のなした教唆行為、幫助行為を払拭することの義務であり、(第一次的に)結果発生を

- 防ぐ義務ではない。そのように解さないと、結果発生した場合には正犯となってしまうからである。したがって、自己の行為寄与を払拭した場合にはそれとは別の原因から結果が発生しても責任を負うわけではない。一方、自己の行為寄与を払拭しなければ正犯が実行に着手した後、自らの手で結果発生を防止しても未遂の教唆、未遂の補助の責めを負うことになるかどうかは、議論がある。なお、西田典之・法協一〇〇巻二号二二頁以下参照。
- (46) Behrendt, Die Unterlassung im Strafrecht, 1979, S. 95, 130, 143ff; Herzberg, JZ 88, 573.
- (47) Wessels, Strafrecht, AT, 26. Aufl. 1, 996, Rn. 87.
- (48) なお、補助の行為の中止犯は、正犯の実行を阻止したことでありとされている（大判昭和九年二月一日刑集一三巻一三七頁）。
- (49) 西田・前掲八二頁。
- (50) 高橋省吾・法曹三九巻一一号一九三頁、渡辺保夫・ジュリスト九一〇号一五九頁、中森喜彦・ジュリスト八七八号五七頁、的場純男・研修四七二号五七頁など。
- (51) 高橋・前掲一九四頁。
- (52) 拙稿・前掲獨協四六号四八九頁以下参照。
- (53) *ibid*注三四参照。
- (54) *ibid*注三五参照。
- (55) BGH NStZ 84, 135. わが国では、継続犯と即成犯とは併合罪であるとされているので、この問題は生じない。
- (56) E 56 22, 32/33 = NJW 1981, 1433, 1435. 連邦裁判所は、単一説は例外を許さないものではないという。Schüchter (in: Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung, 13. Aufl., 1995, § 264 Rn. 11.)によれば、したがって実体法上の所為単一は訴訟法上の一個の所為の徴徳作用しかなくこととなる。
- (57) Vgl. auch OLG Zweibrücken NJW 86, 2841.
- (58) Erb, GA 1994, 275ff. Ebenso Gollwitzer in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 24. Aufl., 1987, § 264, Rn. 2, 23.
- (59) Roxin, Strafverfahrensrecht, 24. Aufl., 1995 S. 375. 新谷悦二・吉田宣之訳『ドイツ刑事訴訟法』五二二頁参照。

- (60) 拙稿・獨協四六号注四五、四六参照。
- (61) *ibid* 注四七参照。
- (62) *ibid* 注四九参照。ドイツでも、観念的競合にあっては、残余の犯罪実現は、量刑上重要な、刑罰加重事由であると見る見解がある。Jakobs, *Strafrecht A. T. 2. Aufl.*, 1991 31/9, 31/38, 33/1.
- (63) 例えば、渥美東洋『刑事訴訟法』三九二頁以下。
- (64) *Vgl. Roxin, a. a. O., S. 373.* 判例も同趣旨である。
- (65) 拙稿・獨協三五号八八頁注八〇参照。
- (66) *Vgl. Werle, S. 135ff.* わが国でもこのような見解は少なくない。

結

本稿は、共犯の罪数につき検討を加えたものであった。

共犯の罪数には共犯に成立する犯罪の個数(共犯の狭義の罪数)という意味と、犯罪が複数成立した場合の相互の犯罪の関係、すなわち併合罪であるのか科刑上一罪であるのか(共犯の広義の罪数)という意味とがある。前者については、わが国でもドイツにおいても、正犯が行った犯罪の数をもって共犯の罪数とする考え方が主流であり、これについては有力な反対説があるものの判例・通説の立場を支持してよいと思われる。

これに対して、後者の問題、すなわち、数個の共犯の犯罪の関係については、わが国においてもドイツにおいても、以前は正犯行為標準説であったが、現在では共犯行為標準説が判例・通説である。⁽⁶⁷⁾しかし、この見解をそのままに展開すると、実体法上、手続法上いくつかの問題が生じることになる。まず、観念的競合の成立範囲が格段に広くなり、その結果として、既判力や時効の点で不都合が生じること、また、共犯として訴追された場合と(共

謀）共同正犯として訴追された場合とで処断刑に相違が生じることなどである。さらには、責任ないし違法責任の減少を理由として一罪として扱われるという観念的競合の一罪性の根拠に合致しないのではないかという疑念で、これらの問題は放置することのできないように思われる。

そこで、実体法上の解決策としては、まず正犯行為標準説が考えられる。ただ、その具体的な結論は支持しうるとしても、この説は、共犯に何個の犯罪が成立するかという、共犯の狭義の罪数の問題以外には答ええないはずである。そこで、次に、観念的競合の成立範囲を画する「一個の行為」を狭く解することが考えられる。しかし、この方法による解決にも限界があり、そもそもの共犯行為標準説に現われている疑問に対する回答にはならない。分割不可能説も有力であるが、その判断には見過ごせない不明確さが残ることに難があった。そこで、不作為犯的構成をとるか、あるいは正犯の実行行為ないしその結果の発生時期を志向する方法（回避不可能性説）が考えられる。この説は具体的妥当性という点でも、観念的競合の一罪性という観点からも妥当であり、その思考は過失犯と不作為犯と共通のものであることから、「一個の行為」の判断が困難とされているこれらの事例と統一的に判断できるというメリットもある。

これまで共犯の領域において、観念的競合の成立にいう「一個の行為」をどのように判断するかについては、「幫助罪の可罰性を幫助行為それ自体に求めるか、正犯行為に求めるかによって解決されるべき」ことがらであり、「幫助罪が幫助犯みずからのした行為について責任を問われるものである」から「結局、行為の一個性は幫助行為についてみるべきである」とされてきた⁽⁶⁸⁾。しかし、共犯の可罰性は共犯成立の問題であって、上述のごとく共犯の狭義の罪数については答ええらうとしても、成立した犯罪がどの様な関係に立つのかには答ええないはずである。それは罪数固有の、観念的競合固有の問題として捉えるべきであるまいか。このような考えに立って、本稿は実体法的解

決策としても、正犯行為標準説ではなく、あくまでも共犯の行為を標準としつつ正犯行為の「回避可能性」を論じること、妥当な解決を図ろうとしたものであった。「従属性説をとっても共犯は自己の実行行為について責任を問われるのであるから一所為教法であるかどうかについても、その行為についてみなければならぬ」とするの⁶⁹は、正しい見解であると思われるが、問題はその「行為」をどのように判断するかにかかっているのである。

最後に、本稿は、既判力の問題に関しては、実体法上一罪が常に手続法上一罪であることを問うことから解決を図ろうとした。前者は処断刑の範囲と量刑の基礎を提供するものであり、後者は一事不再理の効力をどの範囲で認めるかということであり、両者の目的や狙いとするとところが異なるとすれば、別異に個性を判断することは許されるばかりか必要ですらあると思われるからである。これは年来の主張にかかるものであるが、これを若干のドイツの判例・学説の動向を紹介しつつ再論したのである。ただ、この後者の問題については、とくに一事不再理の意義をさらに詳細に検討する必要があることは認めざるをえない。これについては、今後の検討課題とすることにする。

(67) 共犯の罪数に関しても、ドイツの判例・学説は、今日に至るまでわが国の議論に大きな影響を与えているといえよう。

(68) 佐藤・前掲七〇頁。

(69) 平野・前掲四二八頁。